

USFQ LAW REVIEW

Volumen VII • septiembre 2020



USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La no consideración del elemento daño dentro de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos

The Non-consideration of the Damage as an Element within State Liability in the Human Rights Field

Natalia Barona Martínez*
Mikaela Terán Arellano**
Antonella Tescaroli Espinosa***

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1736

Citación:
Barona Martínez, N., M. Terán Arellano y A. Tescaroli Espinosa. «La no consideración del elemento daño dentro de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 205-224, doi:10.18272/ulr.v7i1.1736.

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: baronanati@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4538-0759

** Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: mikaelateran06@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3097-9876

*** Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: ctescaroli.97@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9915-3135

Resumen

Cuando se estudia la responsabilidad civil y la importancia de sus elementos constitutivos para la determinación de la obligación de resarcir un perjuicio en contra de un tercero, el análisis del daño es indispensable. Sin embargo, en materia de derechos humanos, la relevancia de este elemento es discutible. En el presente artículo se estudiarán las razones por las que no es necesario considerar al daño como un requisito indispensable al momento de atribuir responsabilidad estatal por la violación de un derecho humano.

Palabras Clave

Responsabilidad civil; responsabilidad estatal; derechos humanos; derecho internacional público; daño

Abstract

When studying civil liability, and the importance of its constitutive elements to determine the obligation to compensate the harm caused to a third party, the analysis of the damage is essential. Nonetheless, when entering the field of human rights, this element's relevance is discussable. This article will study the reasons why it is not necessary to consider the damage as a requirement to attribute state responsibility for a human rights' violation.

Keywords

Tort law; state liability; human rights; international public law; damage

1. Introducción

La responsabilidad del Estado, particularmente su responsabilidad por violaciones a derechos humanos, ha sido un gran tema de interés para la doctrina y jurisprudencia, pues sus implicaciones son sustancialmente distintas a las del régimen de responsabilidad civil, tal como lo conocemos. En este sentido, resulta interesante realizar un análisis comparado entre ambos tipos de responsabilidad, considerando —principalmente— el tratamiento diferenciado que se da al elemento daño en ambos regímenes.

En el presente ensayo se empezará por exponer a breves rasgos la naturaleza de la responsabilidad civil y la importancia del elemento daño dentro de la misma. Posteriormente se realizará una explicación de la lógica detrás del concepto de derechos humanos, y la naturaleza de las obligaciones estatales en este campo. Así, se pasará a analizar cómo funciona la atribución de responsabilidad del Estado a nivel internacional, específicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), a través de un breve estudio del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre hechos internacionalmente ilícitos. Por último, se estudiará la incorporación de este razonamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para finalmente entender que, a diferencia de la responsabilidad aquiliana en el Derecho Civil, el elemento daño no es necesario para la configuración de responsabilidad estatal en materia de derechos humanos (tanto a nivel internacional como nacional).

2. El elemento daño en la responsabilidad civil extracontractual

Para entender el objeto y fin del Derecho de Daños, es pertinente hablar de sus funciones: (i) preventiva; (ii) compensatoria o indemnizatoria; (iii) punitiva; y, (iv) demarcatoria. Las posiciones más tradicionales optan por atribuirle a esta rama del Derecho una función netamente compensatoria; mientras que las orientaciones modernas reconocen que la función más relevante es la preventiva[1]. Para efectos de este ensayo es preciso optar por una visión más tradicionalista, que se enfoque en la función compensatoria, mirando al Derecho de Daños como una medida de satisfacción para el agraviado, cuyo fin principal es colocarlo en la situación en la que se encontraba antes del perjuicio o daño ocasionado, asimilándolo con la reparación integral del Derecho Constitucional y DIDH[2] [*infra* § 3].

1 Acciarri, Hugo. *Funciones del Derecho de Daños y de Prevención*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Sur, 2013, pp. 2-5.

2 Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 297.

Bajo esta premisa, cuando hablamos de responsabilidad civil, nos introducimos en una materia del Derecho cuya discusión ha estado en auge por la complejidad de determinar cuándo surge la obligación de una persona de reparar el daño que ha sufrido un tercero, partiendo del hecho de que vivimos en una sociedad en la cual debemos soportar ciertas cargas en pro del bienestar social y público[3]. La responsabilidad civil parte del supuesto necesario de que el causante del daño tiene que ser responsable de los perjuicios que ha generado[4], en la medida en que el daño sea resarcible y la persona afectada no se vea obligada a soportar el daño causado.

Según Javier López Jacoiste, "[e]n la mayoría de las controversias sobre intereses que se plantean en el mundo del Derecho, la relación jurídica suele encontrarse ya esbozada, delineada de algún modo, o acaso ya determinada"[5]. Esta afirmación ofrece —al menos en parte— una solución respecto de cuándo se debe responder por el perjuicio sufrido por un tercero, pues con el incumplimiento de un contrato (es decir, la relación jurídica delineada según López Jacoiste) se podría generar un daño a una de las partes. Consecuentemente, hablar de responsabilidad civil contractual implica también la existencia de responsabilidad en materia extracontractual (también conocida como responsabilidad aquiliana). Sin embargo, la determinación de la persona que debe responder por el daño es distinta a la que cabría respecto del mundo contractual, ya que no existe una relación previa entre dos partes. En este sentido, habiéndose suscitado una situación indeseable que ha generado un perjuicio a una persona y la obligación de otra de responder por éste, cobra aún más relevancia que la función principal del Derecho de Daños sea compensar a la víctima.

Ahora bien, para entender cuándo nace la obligación de responder por un daño en materia extracontractual, es pertinente esbozar sus características principales. La responsabilidad aquiliana encuentra su origen en aquellas situaciones en que una persona ha causado involuntariamente un perjuicio a otra[6]. Por esta razón se dice que la responsabilidad civil extracontractual es el Derecho de Daños propiamente dicho, pues —a diferencia de la regulación normativa en materia contractual— no existen normas que hablen respecto de la indemnización a una persona que ha sufrido un daño por el actuar de otra con la cual no mantenía una relación[7]; y, de igual manera, no existe la posibilidad de crear cláusulas que establezcan cómo las partes van a actuar en caso de incumplimiento, o una cláusula penal preventiva o compensatoria.

---

3 *Vid.* Díez-Picazo, Luis. *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual.* Madrid: Editorial Tecnos, 2018, pp. 21-22.

4 *Cfr*. Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, pp. 399-412.

5 López Jacoiste, José Javier. *La Responsabilidad Civil Extracontractual: una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2016, p. 30.

6 Shavell, Steven. *Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho,* p. 453. En Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge. *La Filosofía de la Responsabilidad Civil.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 453-470.

7 *Cfr*. Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. España: S.L.-Dykinson, 2016, p. 84.

Adicionalmente se debe considerar que dentro de la responsabilidad civil extracontractual resulta más evidente la teoría de la distribución de los infortunios, misma que se constituye como un pilar importante dentro de la responsabilidad civil, y que defiende que cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente en el que se ven perjudicadas personas o cosas, se debe decidir "si el que experimenta el daño no tiene más posibilidad o alternativa que la resignación (lo sufre él solo) o si puede esperar algo de los demás [es decir,] se establece un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar de otros el importe en que se valore el daño"[8], y en este punto se comienza a hablar de un derecho de indemnización.

En virtud de lo anterior, es importante mencionar que no todo perjuicio o daño conlleva la obligación de compensar a la víctima. Para que se incurra en responsabilidad civil extracontractual, es necesaria la confluencia y verificación de cuatro elementos: (i) daño; (ii) hecho antijurídico; (iii) nexo causal; y (iv) culpa o dolo[9]; no considerándose este último para la responsabilidad objetiva del Estado. Sin perjuicio de que se deba analizar a estos elementos de manera conjunta, para efectos del presente artículo se estudiará de manera más detallada al elemento daño, toda vez que éste último va a constituir la prueba palpable del deber de reparación (*restitutio ad integrum*).

Al respecto, es pertinente mencionar a qué nos referimos cuando hablamos de daño o perjuicio desde el Derecho Civil como tal. Según Jaime Santos Briz "[d]año indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Este daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima"[10]. Por tanto, siempre que exista una disminución en el patrimonio material o moral de la víctima, se va a incurrir en un daño. Sin embargo, han existido un sinnúmero de debates respecto de si solo el daño jurídicamente relevante es indemnizable.

A través de la doctrina y la jurisprudencia se han ido delimitando las condiciones que deben cumplirse para que el daño tenga relevancia jurídica y pueda ser sujeto de resarcimiento a título de responsabilidad civil, a saber: (i) daño cierto; (ii) relación directa con el hecho ilícito; (iii) previsibilidad; y (iv) subsistencia. A partir de lo anterior, se evidencia que en la responsabilidad civil se realiza un análisis neto del elemento daño para determinar si el mismo va a ser resarcible o no. En primer lugar, el daño resarcible debe ser cierto, real y efectivo. Esto no quiere decir que el daño tenga que ser actual, sino que al momento de dictar la sentencia debe existir certeza de que el mismo no sea eventual o hipotético. En segundo lugar, los daños indirectos o secundarios no pueden

8 Díez-Picazo, Luis. *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial… Óp. cit.,* p. 285.
9 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual.* Chile: Legal Publishing, 2003, pp. 5-39.
10 Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil.* España: Montecorvo, 2002, p. 289.

ser indemnizados, pues de no ser así, se perdería el elemento causalidad. En tercer lugar, sólo se responde por los perjuicios previsibles; y, finalmente, un daño que ha sido reparado espontáneamente no es susceptible de reparación, toda vez que en ningún caso cabe la doble indemnización por un mismo daño para evitar enriquecimiento sin causa[11]. Así, si bien existen cuatro elementos para determinar la responsabilidad civil extracontractual, la consideración del elemento daño es de particular importancia para determinar la atribución de responsabilidad y el consecuente deber de resarcimiento, pues —como se mencionó antes— constituye prueba idónea y palpable.

Ahora bien, resulta pertinente también presentar un enfoque en cuanto a la reparación integral del daño, mismo que debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales para constituir una verdadera *restitutio in integrum*. Adicionalmente, el juzgador deberá conceder la "reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado"[12]. Respecto de las formas de reparación en la responsabilidad civil extracontractual, Javier Tamayo Jaramillo sostiene que la misma puede ser en dinero, o a falta de éste, tratando de dejar a la víctima en las condiciones que ostentaba antes de que se produjera el daño[13].

Paralelamente, se debe plantear la problemática que se genera cuando se vulneran derechos humanos (en adelante, DDHH) en situaciones en las que el simple cese de la situación ilícita no sea suficiente para que se logre una debida reparación. "La indemnización de alguna manera traspasa el daño poniéndolo a cargo de otro: el que sufrió el daño es compensado a cargo de otro, cuyo patrimonio disminuye"[14]. Resulta evidente que a través de la reparación, se trata de otorgar a la víctima una indemnización para reparar su lesión; sin embargo, según Díez-Picazo, la idea de que con la compensación desaparece el daño es una ilusión, pues cuando se destruyen vidas humanas la indemnización no borra la destrucción[15].

Sin perjuicio de esta distinción se puede deducir que, si existe un daño, existe una persona o entidad responsable del mismo y, consecuentemente, la obligación de ésta última de reparar el perjuicio o daño ocasionado. Según Gina Visintini, la reparación del daño "constituye la sanción que sigue a la comprobación de la responsabilidad"[16].

---

11 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil… Óp. cit.,* pp. 5-39.

12 Santos Briz, Jaime. *Responsabilidad civil*. España: Montecorvo, 2002, p. 289; citado en Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, p. 252.

13 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, p. 157.

14 Fayos Gardó, Antonio. *Derecho de Daños. Las Víctimas y la compensación*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 56.

15 Díez-Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: S.L. Editorial Civitas, 1999, pp. 41-42.

16 Visintini, Gina. *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento. Danoo risarcibile*, 3ª ed. Padova: Cedam, 2005, p. 283.

Por último, siendo el hecho antijurídico el antecedente al daño, es necesario también considerarlo brevemente. La doctrina ha discutido si —para que dicha responsabilidad sea atribuida a determinado sujeto y éste tenga la obligación de reparar integralmente a la víctima— se debe analizar: (i) solamente al daño; (ii) al hecho antijurídico —que en muchas ocasiones se genera a la par con el daño—; o (iii) incluso se podría llegar a pensar que no es necesaria la prueba del daño, pues se podría inferir que de acuerdo a la gravedad del hecho antijurídico ya se generaría la responsabilidad de reparar[17].

Al respecto, Alejandro Ponce Martínez ha expresado que para que un hecho se considere ilícito, éste debe violar principios de justicia, una ley positiva o principios del ordenamiento jurídico[18]; adicionalmente, en cortes ecuatorianas se ha establecido que "las pretensiones del actor están encaminadas a que los demandados **paguen indemnizaciones por hechos ilícitos** que originaron la responsabilidad civil extracontractual […] (énfasis añadido)" [19], lo que nos llevaría a pensar que existe la posibilidad de que en efecto, se realice un análisis del hecho ilícito o antijurídico para determinar la obligación de indemnizar, o no.

Habiendo entendido cuál es la naturaleza y lógica de la responsabilidad civil, y particularmente por qué es necesario que se considere al daño como un elemento esencial en la atribución de responsabilidad extracontractual, se procederá a realizar una corta exposición sobre el concepto general de los DDHH; para así proseguir con el análisis de por qué en el DIDH el daño puede no constituir un elemento autónomo y necesario para atribuir responsabilidad estatal —y aún así mantener el deber de reparación— puesto que en esta materia, el factor determinante para tal atribución es la violación como tal.

3. Una aproximación general al concepto de derechos humanos y la lógica detrás de su protección

Para realizar el análisis antes mencionado, es pertinente comenzar por una breve explicación de qué constituye un derecho humano. Como lo indica el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), Pedro Nikken, la noción de DDHH ha ido atada históricamente a la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado[20].

Este postulado, a su vez, tiene su origen en distintas teorías de Derecho Constitucional, particularmente aquellas que, en sus inicios, comprendían que el

17 *Vid.* Corte Suprema de Justicia. *Peralta vs. Bustamante*. Gaceta Judicial No. 8, 17 de abril de 2002, p. 5; Corte Suprema de Justicia. *Haz Alvarado vs. Chemlok*. Sentencia, 01 de octubre de 2009, p. 2.

18 Ponce Martínez, Alejandro. "Responsabilidad civil extracontractual". *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura ecuatoriana Benjamín Carrión* (2015), p. 78.

19 Corte Suprema de Justicia. *Wagner Iván Viñán vs. Federación Médica Ecuatoriana*. Sentencia, 19 de marzo de 2003, p. 373.

20 Nikken, Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos*, p. 17. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Seminario sobre Derechos* Humanos. San José: IIDH, 1997, pp. 17-36.

individuo se encontraba en una posición de desventaja frente al —potencialmente desmesurado— poder del Estado; corriente filosófica que eventualmente desemboca en la idea generalizada de que, al ser los ciudadanos quienes confieren tal poder al Estado, éste se encuentra llamado a proteger sus libertades individuales, a cambio de tal concesión[21]. En este sentido,

> [e]l poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender **atributos inherentes a la persona** y debe ser un vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas **con la misma dignidad que le es consustancial** (énfasis añadido)[22].

Es posible encontrar, pues, dos elementos esenciales en la construcción de la definición de DDHH. El primero, el hecho de que estos atributos son inherentes a la persona, inherentes a su dignidad; el segundo, el que los DDHH "se afirman frente al poder público"[23].

El primer elemento implica que la existencia de los DDHH —como rama específica de derechos subjetivos— no se ve condicionada a su reconocimiento por parte del Estado. Siendo así, toda persona, por el mero hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales[24], lo cual evidentemente supone un límite a las competencias del poder estatal. Esto nos llevará al segundo elemento. Es menester precisar que, derivados de la inherencia de los DDHH, éstos cuentan con otras características específicas, como lo son su irreversibilidad[25], progresividad[26], universalidad[27] e irrenunciabilidad[28].

Por otro lado, la segunda parte de la definición implica que los DDHH se afirman frente al poder público[29]. Esto quiere decir que no existe otro ente encargado de su respeto, garantía y protección que no sea el propio Estado; caso contrario, nos encontraríamos frente a una categoría distinta de derechos subjetivos[30]. Como bien menciona Nikken:

> [l]a nota característica de las violaciones a los derechos humanos es que ellas se cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen. **No todo abuso contra una persona ni toda forma de violencia social son técnicamente atentados contra los derechos humanos**.

21 *Vid.* Gough, John W. "The Social Contract". *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2 (1958), pp. 267-269; Magna Carta Libertatum (1215); Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

22 Nikken, Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos… Óp. cit.,* p. 17.

23 *Ibíd.*

24 *Ibíd.*

25 *Vid.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11.8. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

26 *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 008-13-SIN-CC*. Sentencia, 13 de junio de 2013, p. 12

27 *Cfr.* Nikken, Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos…Óp. cit.,* p. 24; Nelson, William. "Human Rights and Human Obligations". *Nomos,* Vol. 23 (1981), p. 286.

28 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11.6. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

29 Nikken. Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos…Óp. cit.,* p. 27.

30 *Vid.* Bernal Pulido, Carlos. *Derechos fundamentales*, p. 1571. En Zamora, Jorge Luis y Rodríguez, Verónica (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, pp. 1571-1572; Nelson, William. "Human Rights and Human Obligations"…*Óp. cit.,* p. 286.

> Pueden ser crímenes, incluso gravísimos, pero si es la mera obra de particulares no serán una violación de los derechos humanos (énfasis añadido)[31].

A fin de entender concretamente qué constituye una violación a los DDHH, cabe precisar entonces qué obligaciones mantiene el Estado frente la población dentro de su jurisdicción y territorio.

3.1. Obligaciones estatales en materia de derechos humanos

Antes de explicar de manera concreta en qué consisten las obligaciones del Estado frente a la persona humana, cabe puntualizar que el deber internacional de los Estados de cumplir con sus obligaciones de buena fe[32], adquiere ciertas particularidades en el ámbito de DDHH, "toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales"[33]. En consecuencia, siendo la protección a la dignidad humana el núcleo de la relación entre el Estado y la persona, la obligación de cumplimiento de buena fe adquiere una importancia especial.

Cabe recalcar, además, que —como lo aclara el numeral 2 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)— «persona» es todo ser humano[34], lo cual "reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación, [y] deja fuera del campo de protección a las personas jurídicas"[35].

Ahora bien, teniendo esto en cuenta, existen tres obligaciones generalmente aceptadas que han sido consagradas tanto en la CADH[36], como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[37] (en adelante, PIDCP): la obligación de respetar los derechos reconocidos en estos tratados, la obligación de garantizar el cumplimiento de tales derechos, y la obligación de adoptar las medidas necesarias —legislativas o de otra índole— para hacerlos efectivos.

En cuanto a la primera, es importante recordar que el deber de respeto constituye una obligación negativa; el poder estatal debe abstenerse de cualquier acción que suponga una vulneración a los derechos de las personas, y específicamente de las personas que se encuentren sujetas a la jurisdicción de tal Estado[38].

---

31 *Id.,* p. 28.

32 *Cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículos 29 y 31.

33 Nash Rojas, Claudio. *La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes*, p. 59. En Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo.* Lima: Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2003, pp. 58-98.

34 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículos 1.1 y 2.

35 Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial.* Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pp. 11-12.

36 Convención Americana… *Eiusdem.,* Artículos 1.1 y 2.

37 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 2.

38 Cuando los instrumentos mencionados previamente usan la palabra «jurisdicción», hacen referencia a "[un] criterio amplio

Por otro lado, la obligación de garantía conlleva que los Estados deban "organizar todo el aparato gubernamental […] de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[39]. Dentro de esta segunda obligación, se encuentran los deberes de prevención, investigación, sanción y reparación[40]; y resulta necesario señalar que el deber de garantía

> [i]mplica también la responsabilidad del Estado, aún cuando un hecho violatorio de los derechos humanos no resulte imputable directamente al [mismo] o a sus agentes, sino a particulares o a grupos al margen de la ley o cuando el victimario no hubiese podido ser identificado. **Esta responsabilidad no se fundamenta en el hecho mismo violatorio de derechos, sino en la falta de la debida diligencia para evitar el daño y hacer respetar las normas de protección** por aquel que tiene la legitimidad del Estado y el monopolio del uso de la fuerza (énfasis añadido)[41].

Finalmente, y como argumenta la ex jueza de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, se ha asignado tal importancia al hecho de que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos plenamente[42], que la CADH, así como el PIDCP, han integrado en sus textos el deber de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en estos convenios[43], formándose así la tercera obligación convencional en materia de DDHH.

A lo anterior se debe agregar que al hablar de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no solo se debe entender incorporado a ellas lo contemplado de manera literal en tratados o convenciones, sino también aquello que ha sido interpretado por distintas Cortes y organismos de derechos humanos (por ejemplo, la Corte IDH, haciendo uso de su facultad consultiva, consagrada en el artículo 64 de la CADH) [44]. Como afirma Javier Ciurlizza,

> [l]a interpretación de normas internacionales sobre derechos humanos constituye un método de ampliación progresiva de figuras que tutelan al ser humano. […] Es usual que los órganos jurisdiccionales internacionales estén investidos, además de la competencia para resolver asuntos contenciosos, de funciones interpretativas del derecho internacional, [abordando] temas de relevancia central para la determinación del contenido de las obligaciones internacionales[45].

---

que incluye no sólo los actos u omisiones imputables a agentes estatales como violación de obligaciones convencionales realizados o dejados de realizar dentro del territorio, sino que incluye la responsabilidad por actos u omisiones ejecutados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción del Estado, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación o actos perpetrados en un recinto diplomático". Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia… Óp. cit.,* pp. 12-13

39 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, párr. 166.

40 *Id.*, párr. 174.

41 Sánchez, Camilo. *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, p. 40. En Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo.* Lima: Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2003, pp. 11-57.

42 Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia…Óp. cit.,* p. 21.

43 *Cfr.* Convención Americana... *Eiusdem*. Artículo 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos… *Eiusdem.* Artículo 2.2.

44 Convención Americana… *Eiusdem.* Artículo 64.

45 Ciurlizza, Javier. "La interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la función consultiva

Por último, es menester considerar que adicionalmente a las obligaciones convencionales, un gran sector de la doctrina en Derecho Internacional Público, y específicamente en DIDH, reconoce la existencia de un conjunto de normas que, si bien no tienen un origen convencional, son tan fundamentales que se han convertido en preceptos internacionales perentorios: las normas de *ius cogens*[46]. Así, "[l]a idea de *ius cogens* no puede ser disociada de la idea de un corpus de normas jurídicas que se imponen a todos los Estados, cuya existencia no depende de una inequívoca manifestación de voluntad"[47].

Habiendo considerado a breves rasgos en qué consisten las obligaciones de un Estado en materia de DDHH, se debe puntualizar que el concepto de violación a los DDHH se concreta justamente cuando existe un incumplimiento de tales obligaciones por parte de actores estatales. En ese sentido, cuando el Estado falla en su deber de garantizar, respetar o adoptar las medidas necesarias para la plena ejecución de derechos dentro de su jurisdicción; cuando no toma en consideración las interpretaciones realizadas por aquellos órganos autorizados para dar mayor contenido a las obligaciones convencionales; y cuando irrespeta una norma internacional perentoria, como lo son las normas de *ius cogens*; es posible concluir que ha incurrido en una violación a DDHH.

Siendo así, la consecuencia directa de que un Estado sea encontrado responsable de una violación a DDHH (o, de manera general. de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, como se explicará más adelante); es el surgimiento de su obligación de reparar los perjuicios que ha causado tal violación[48] y, de manera correlativa, el derecho de las víctimas de exigir una reparación integral[49].

4. El elemento daño a la luz de las obligaciones estatales en materia de DDHH

Una vez que se han estudiado los conceptos básicos de ambos regímenes, así como los fines que busca cada uno; es importante analizar la naturaleza de las obligaciones estatales en materia de DDHH con el fin de comprender que la consideración del elemento daño carece de relevancia dentro del campo de

de la Corte Interamericana". *Agenda Internacional,* PUCP Vol. 2, No. 4 (1995), p. 93.

46 Caplan, Lee M. "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory". *The American Journal of International Law* Vol. 97, No. 4 (2003), p. 741.

47 Garibian, Sévane y Puppo, Alberto. "Acerca de la existencia del Ius Cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista". *Isonomía,* No. 36 (2012), p. 13.

48 *Vid.* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v Honduras*. Sentencia sobre reparaciones y costas, 21 de julio de 1989, párr. 25; Torres, Alexandra. "La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Privado,* No. 4 (1998-1999), pp. 151-176.

49 *Vid.* Calderón Gamboa, Jorge. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, p. 157. En Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al*. *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de la jurisprudencia constitucional e interamericana I*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 145-219.

los DDHH para la atribución de responsabilidad Estatal. En esta sección, como primer punto se analizará la responsabilidad internacional de los Estados desde la perspectiva del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) sobre hechos internacionalmente ilícitos; para posteriormente entender si es jurídicamente viable la consideración o no del elemento daño en la responsabilidad internacional por violaciones a los DDHH; y finalmente explicar la aplicación de este régimen en el ordenamiento ecuatoriano.

4.1. La responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos

"[…] [L]a responsabilidad internacional tiene un origen consuetudinario y relacionado con la figura del Estado como único sujeto de derecho internacional […]"[50]. Sin embargo, ante la necesidad de codificación de las reglas concernientes a responsabilidad internacional, la CDI ha trabajado por cerca de 50 años, y junto con la participación de varios Relatores Especiales[51], en un importante proyecto en donde aborda —desde la perspectiva del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP)— la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos[52]. Después de varios informes emitidos desde 1949[53], el proyecto se aprobó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2001, el cual brinda importantes consideraciones sobre responsabilidad internacional, un ámbito que antes no había sido muy abordado por la doctrina, pues no se había logrado consenso al respecto.

De manera general, el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en su primera parte, brinda principios que enmarcan a la responsabilidad internacional. En este sentido, el primer artículo establece de manera introductoria que "[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional"[54]. En otras palabras, un hecho ilícito (o acto ilícito[55], como lo propone Díez de

50 Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, No. 61 (2008), p. 250.

51 F.V. García Amador, de Cuba; R. Ago, de Italia; W. Riphagen, de Países Bajos; G. Arangio Ruiz, de Italia; y, J. Crawford, de Australia. *Vid*., Crawford, James. *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 1.

52 Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, Considerandos iniciales. *Vid*., Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones (part 2)*, 2001. https://bit.ly/2Taq2SQ (acceso: 25/02/2020).

53 Crawford, James. *Artículos sobre… Óp. cit.,* p. 1. F.V. García Amador, durante su mandato, presentó seis informes y centró su labor en la responsabilidad del Estado por daños causados a personas o bienes de los extranjeros. Ago, por su parte, aprobó 35 artículos, que constituyen la base relativa al origen y las características fundamentales de la responsabilidad del Estado. W. Riphagen logró la aprobación provisional por la CDI de una elaborada definición de "Estado lesionado". G. Arangio Ruiz contribuyó al proyecto con los artículos sobre reparación, contramedidas, consecuencias del "crimen internacional" y solución de controversias.

54 Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de enero de 2002). Resolución A/RES/56/83, Artículo 1.

55 *Cfr*. Crawford, James. *The International Law Commision's Articles on State Responsability: Introduction, Text and Commentaries*. Reino Unido: Cambridge University Press, p. 80.

Velasco) es una violación a las obligaciones emanadas de las normas primarias internacionales[56], o un

> acto atribuible a un sujeto jurídico internacional que constituyendo una violación o infracción del derecho internacional lesiona derechos de otros sujetos de dicho ordenamiento, o incluso derechos o intereses de los que sería titular la propia colectividad internacional, dando lugar, entre otras consecuencias posibles, a la responsabilidad del sujeto autor del acto[57].

Asimismo, la CDI propone en el artículo 2 del proyecto, que para que exista un hecho internacionalmente ilícito deberán concurrir dos elementos[58]: (i) que una acción u omisión sea atribuible a un Estado bajo el derecho internacional; y (ii) que dicha acción u omisión constituya una violación de una obligación del Estado[59]. El primer elemento, también conocido como el elemento de atribución o elemento subjetivo, se refiere al "[…] comportamiento por medio del cual se incumple la normativa internacional **[que] se pueda atribuir al Estado**" (énfasis añadido)[60]. Por su parte, el segundo elemento, conocido como el elemento objetivo, "[…] está constituido por un **comportamiento que constituye una violación de una obligación internacional del Estado**" (énfasis añadido)[61]. Lo que llama la atención de estos dos requisitos, es la ausencia del elemento daño como un elemento constitutivo de responsabilidad internacional del Estado.

El elemento subjetivo hace referencia a la capacidad de atribuir un hecho a un Estado por su calidad de sujeto del DIP, sin considerar la concurrencia de más actores en la acción u omisión que causó el hecho ilícito[62]. En este mismo sentido, hay que tomar en cuenta que la atribución podría ser subjetiva (si es que se examinan factores como la culpa o negligencia de los actores) u objetiva (si la intencionalidad no tiene relevancia alguna); dependiendo de la tipificación de la norma primaria que prevé la obligación[63]. Por otro lado, respecto del elemento objetivo de la responsabilidad (es decir, que el comportamiento sea efectivamente el incumplimiento de una obligación), la Corte Internacional de Justicia, en el marco del caso *Factory at Chórzow*, para referirse a este

56 *Cfr*. Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 252.

57 Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 10ª Ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 713.

58 Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de enero de 2002). Resolución A/RES/56/83, Artículo 2.

59 Por ejemplo, en el ámbito del DIDH, algunos ejemplos de incumplimiento de obligaciones internacionales son: el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

60 Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 253. Debido a la extensión de este trabajo, no es posible ahondar con más profundidad en este tema. Sin embargo, es sujeto de discusiones en el DIP. Al respecto, *vid*. Crawford, James. *The International Law… Óp. cit.,* pp. 81-82.

61 Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 352. *Vid*. Crawford, James. *The International Law… Óp. cit.,* p. 83.

62 Crawford, James. *The International Law… Óp. cit.,* pp. 82-83.

63 *Cfr. Id.*, pp. 81-82. El análisis del elemento de la intencionalidad en el DIP es sumamente interesante, y es, en efecto, materia de otro trabajo de investigación.

elemento, lo caracterizó como "[*the*] *breach of an engagement*"[64]. Es interesante notar, que "[en el DIP] la idea del incumplimiento de una obligación ha sido con frecuencia equiparada a una conducta contraria al derecho de los demás"[65].

Ahora bien, en este punto es importante aclarar que, desde el DIP el incumplimiento de obligaciones puede ser de distintos tipos en función de los sujetos de derecho internacional involucrados, así como de la naturaleza de las obligaciones emanadas de las normas primarias. Por ejemplo, existen incumplimientos de tratados bilaterales de inversión, o de convenciones como la CONVEMAR o los Convenios de Ginebra y, desde la perspectiva del DIDH existen incumplimientos o violaciones de tratados de DDHH en relación con las obligaciones analizadas anteriormente: convencionales y *ius cogens*. Por esta razón, la responsabilidad del Estado debe ser analizada desde distintos enfoques, tomando en consideración las relaciones jurídicas generadas a partir de estas obligaciones, pues en el DIP no siempre son bilaterales (Estado-Estado)[66], sino también, como en el caso del DIDH, las relaciones serán más bien desiguales, en donde el Estado está llamado a proteger a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción (Estado-personas)[67].

Por tanto, toda vez que este ensayo hace especial énfasis en las obligaciones en materia de DDHH, mirando únicamente esta perspectiva, dado que "[…] en la gran mayoría de los casos el principal violador de los derechos del ser humano es el Estado"[68]; la consideración de los requisitos del artículo 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos debe ser distinta a otras ramas del DIP. Respecto de los requisitos estudiados, el elemento de atribución siempre será objetivo porque no importa la intencionalidad con la que se ejecutó el hecho; y se cumplirá el elemento objetivo cuando el Estado incumpla las obligaciones de los tratados de DDHH que ha ratificado.

4.2. El elemento daño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Habiendo analizado brevemente desde la perspectiva del DIDH qué es la responsabilidad internacional y los elementos que la constituyen en función del proyecto de artículos de la CDI, cabe resaltar que este documento (como lo mencionamos en su momento) "[…] no asigna al daño ninguna función para

64 Corte Internacional de Justicia, *The Factory at Chórzow*, Sentencia de méritos, 13 de septiembre de 1928, párr. 73.
65 Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* p. 83.
66 Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* p. 79.
67 Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 259.
68 *Ibíd.*

determinar la violación de una obligación internacional […]"[69]. Al contrario, trata de eliminar al elemento daño de la definición de hecho ilícito[70].

Ahora bien, es importante mencionar que esta postura de la CDI ha sido abiertamente criticada[71], pues una parte de la doctrina alega que la CDI se contradice al eliminar el elemento daño de la primera parte del proyecto de artículos de responsabilidad por hechos ilícitos, pues este elemento se encuentra presente expresamente en su segunda parte[72]. Asimismo, la doctrina afirma que el elemento daño es necesario para la reclamación de responsabilidad por parte de un Estado respecto de otro[73]. Sin embargo, el objetivo de este artículo es explicar la falta de necesidad de la consideración del elemento daño en el DIDH y no en todo el DIP.

La razón por la cual la CDI ha decidido dejar de tomar en cuenta al elemento daño de la responsabilidad por hechos ilícitos fue debido a que el ex relator Roberto Ago analizó que la noción de daño no siempre va a implicar un perjuicio económico (como podría pasar en otras ramas del DIP). Y precisamente en este sentido "[…] todo incumplimiento de una obligación implica un perjuicio, [el cual] […] **ya está comprendido en el incumplimiento de la obligación**" (énfasis añadido)[74] porque "[…] todo incumplimiento de una obligación internacional implica la lesión de un derecho subjetivo"[75]. Es decir, el elemento daño no será necesario para determinar si un Estado es responsable a nivel internacional, pues cualquier forma de perjuicio ya se entiende circunstancialmente de la violación (o incumplimiento convencional). Lo anterior, sin perjuicio de que el daño sea relevante para determinar el grado de afectación a la víctima, y eventualmente, la cuantificación de una posible compensación económica como parte de la reparación integral.

Por su parte, James Crawford, quien fue el último relator de la CDI para este proyecto, afirma que "[…] la existencia del elemento daño depende del contenido de la obligación primaria y no existe una regla general al respecto"[76]. Esto implica que el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en su calidad de norma secundaria del DIP, no puede establecer si será necesario determinar el daño, pues le corresponde únicamente "[…] establecer si una obligación ha sido violada y a quién corresponde atribuir esa responsabilidad"[77].

69 Barboza, Julio. "La responsabilidad internacional". *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2007), p. 13.

70 *Cfr. Id.*, p. 5.

71 Naciones Unidas. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Documentos del vigésimo quinto periodo de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Volumen II. 1973, p. 23.

72 Wyler, Eric. "From 'State Crime' to responsability for 'Serious breachness of obligations under peremptory norms of General International Law'". *European Journal of International Law*, No. 13 (2002), p. 1152. *Vid.*, Barboza, Julio. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 5.

73 Naciones Unidas. *Anuario de la Comisión… Óp. cit.,* p. 23.

74 *Id.*, p. 20.

75 *Id.*, p. 25.

76 Crawford, James. *The International Law… Óp. cit.,* p. 84.

77 Ávalos Vásquez, Roxana de Jesús. "Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado. ¿Más de

Entonces, enfocándonos en la responsabilidad alrededor del DIDH, sus normas primarias son los tratados internacionales de DDHH y ninguno de ellos afirma la necesidad de reclamar un daño por este incumplimiento[78]. Si un Estado parte de uno de estos tratados incumple sus obligaciones, genera una violación de los derechos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Tal como se mencionó en su parte pertinente, los DDHH atienden a la dignidad humana y a la ineludible relación de superioridad del Estado con la sociedad; por tanto, una acción u omisión del Estado que afecte derechos, deberá ser sancionada sin la necesidad de argüir un daño, pues es de la naturaleza de estas obligaciones la protección de los derechos de las personas. En consecuencia —tal como lo mencionaba Ago—, en cuanto se incumplen las obligaciones estatales, ya se genera un perjuicio para las víctimas; siendo necesaria solamente la comprobación del hecho ilícito a través de los requisitos previstos por la CDI (artículo 2) [*supra* § 4.1].

Esta es precisamente la principal diferencia entre los elementos que configuran a la responsabilidad civil, y aquellos que configuran a la responsabilidad del Estado en materia de DDHH. En la primera, la relación de las partes es entre iguales y tiene fundamento en la distribución de los infortunios [*supra* § 2]; pero la segunda es distinta porque justamente la relación es entre Estado-personas, en donde no es jurídicamente viable un análisis de distribución de los infortunios, sino que la carga de cuidado siempre estará sobre el Estado[79].

Responsabilidad civil	Responsabilidad desde el DIDH
Hecho antijurídico genera el daño. Daño es la consecuencia del hecho antijurídico.	Hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional.

Complementariamente, si bien el daño no es necesario para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de DDHH, el proyecto de artículos de la CDI prevé también que la reparación es una consecuencia de la violación o del "[…] perjuicio generado por el hecho internacionalmente ilícito"[80]. Por lo tanto —comparándolo con la responsabilidad aquiliana—, en el DIDH el deber de reparación se concreta a partir de la determinación "[del] perjuicio [que] comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito"[81];

40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. VI (2006), p. 589.

78 *Vid*. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención de Belem do Pará.

79 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 3, numeral 1, y 11, numeral 9. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

80 Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de enero de 2002). Resolución A/RES/56/83, Artículo 31.

81 *Ibíd.*

es decir que el daño es la prueba palpable de la afectación concreta que ha causado la vulneración, pero no es necesario para determinar la existencia de dicha violación.

5. La aplicación del DIDH en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

De manera muy sucinta se debe recalcar que la lógica detrás de la protección a los DDHH no es ajena al ordenamiento jurídico ecuatoriano. A partir del desarrollo de la teoría del bloque de constitucionalidad en América Latina durante los años noventa[82], Ecuador incluyó la noción de instrumentos internacionales en su Constitución de 1998, como fuente obligacional en materia de DDHH y, naturalmente, como fuente de protección a la persona humana[83].

El término y la lógica de protección a los DDHH también fueron recogidos en la Constitución de Montecristi, al establecer como deber primordial del Estado "[garantizar] sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales"[84]. Asimismo, en el artículo 11 numeral 3, se consagra el siguiente principio:

> Los derechos y garantías establecidos en la Constitución **y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial**, de oficio o a petición de parte. […]
> **Los derechos serán plenamente justiciables**. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (énfasis añadido)[85].

Finalmente, el artículo 426 indica:

> Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.
> Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente […][86].

Es notorio entonces, que el ordenamiento ecuatoriano ha recogido los estándares de DDHH como piedra angular en la relación Estado-persona. Siendo

82 Góngora-Mera, Manuel Eduardo. *The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a Ius Commune*, p. 238. En Von Bondandy, Armin *et al*. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 235-251.
83 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 17, 18, 19, 23 y 24. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
84 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 3.
85 *Eiusdem.* Artículo 11. 3.
86 *Eiusdem*. Artículo 426.

así, todos los servidores públicos se encuentran obligados a la aplicación directa de las normas previstas en los instrumentos internacionales de DDHH. Esta lógica es plenamente concordante con lo expuesto en la sección tercera del presente trabajo: el concepto de DDHH (y la naturaleza de su protección como atributos inherentes a la persona), se ha formado alrededor del concepto de la dignidad humana y, en contraposición, el límite al poder estatal. Es este último, el punto fundamental que nos llevará a comprender la diferencia entre el régimen de responsabilidad civil y el régimen de responsabilidad estatal en lo relativo a violaciones a los DDHH.

5.1. El elemento daño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de las violaciones a los derechos humanos

El régimen de responsabilidad del DIDH [*supra* § 4] también se puede aplicar análogamente en el derecho interno ecuatoriano, toda vez que el respeto de los DDHH no es únicamente exigible a nivel internacional, pues este es un sistema subsidiario[87]. Los DDHH como límites al poder del Estado, también son exigibles a nivel interno[88], y solamente cuando el Estado falle en sus obligaciones para con las personas bajo su jurisdicción, estas pueden acudir a sistemas internacionales de protección para el resarcimiento de sus derechos.

De esta forma, respecto al Ecuador, si bien las obligaciones internacionales del Estado son directamente exigibles a nivel interno[89], la Constitución de la República también consagra varios DDHH[90]. La exigibilidad de estos derechos y su consecuente reparación se la hace a través de las garantías jurisdiccionales[91]. Al igual que en el DIDH, no es necesaria la referencia al elemento daño, precisamente por la naturaleza de la obligación. En este sentido, el artículo 10 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé, como requisitos de la demanda de garantía, entre varios otros,

> […]
> 3. La **descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño**. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
> […]

87 Al respecto, *vid*. Vargas Vera, Georgina. "La aplicación del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Iuris Dictio* Vol. 21 (2018), pp. 99-109.

88 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 282-13-JP/19*. Sentencia, 4 de septiembre de 2019, párr. 30. *Vid*. Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículos 3, numeral 1 y 11, numeral 9.

89 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 426, inciso final.

90 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 10.

91 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículos 1 y 6. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

> 8. Los **elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales**, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba [...] (énfasis añadido)[92].

En este artículo, la mención del daño en el numeral tercero es sinónimo a la violación del derecho; es decir queasí como en el proyecto de artículos de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, no se hace alusión al daño *per se* como un requisito para la responsabilidad del Estado. Los requisitos son una descripción del acto u omisión que generó la violación de los derechos constitucionales de la víctima, a modo de fundamentos de hecho; y, la prueba sobre la existencia del acto u omisión violatorio de derechos.

6. Conclusión

A través del presente artículo se ha buscado demostrar la irrelevancia de considerar al elemento daño para establecer la responsabilidad estatal cuando se generan vulneraciones a los DDHH. Como se ha podido evidenciar, en la responsabilidad civil, es importante la consideración de cuatro elementos para la determinación de la responsabilidad extracontractual de una persona frente al agravio a un tercero, y la consecuente obligación de resarcir tal perjuicio. Esto, con base en la teoría de la distribución de los infortunios y los daños que una persona está obligada a soportar. Consecuentemente, en esta materia no resulta viable que se omita la consideración del elemento daño, pues constituye una prueba palpable del deber de reparación.

Asimismo, se realizó un análisis del régimen de los DDHH en materia de reparación, cuya naturaleza —en contraposición a la teoría de la distribución de los infortunios— tiene como pilar fundamental la protección a la dignidad humana frente al poder estatal. En este sentido, es posible concluir que las relaciones en el marco de la responsabilidad civil y el Derecho de Daños se concretan entre iguales, mientras que en el régimen de responsabilidad estatal en lo relativo a DDHH, el Estado siempre se encontrará en un plano de superioridad, por lo que este será el llamado a garantizar y respetar los derechos de los individuos.

En la misma línea, se analizó el régimen de responsabilidad estatal internacional en el DIDH, en calidad de corolario del sistema de protección de los DDHH. El proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos no toma como requisito al elemento daño para la atribución de responsabilidad del Estado. Esto, debido a dos razones: en primer lugar, la consideración del daño como consecuencia de un hecho

92 *Eiusdem.* Artículo 10.

ilícito es algo de lo que deben ocuparse las normas primarias de DIP, y este proyecto, siendo una norma secundaria, no tendría por qué regular el elemento daño. Y la segunda, como consecuencia lógica de lo mencionado, radica en que las normas internacionales de DDHH —siendo normas primarias— no consideran al elemento daño. En este sentido, una acción u omisión del Estado que afecte derechos, deberá ser sancionada sin la necesidad de argüir un daño, puesto que el objetivo de sus obligaciones es la protección de los derechos y dignidad de las personas.

Es posible concluir entonces que en DIDH, es el hecho internacionalmente ilícito (es decir, la vulneración de DDHH) el elemento que genera responsabilidad internacional; siendo el daño la consecuencia de dicha vulneración. El ordenamiento jurídico ecuatoriano también toma en cuenta este razonamiento, pues al establecer los requisitos para la presentación de una garantía jurisdiccional no es necesaria la consideración del daño como un elemento autónomo, a fin de atribuir responsabilidad estatal por la violación de un derecho constitucional, sin perjuicio de su posterior importancia para analizar y determinar qué medidas debe tomar el Estado para reparar integralmente tal violación.